



Roj: **STS 1725/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1725**

Id Cendoj: **28079130032018100186**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **08/05/2018**

Nº de Recurso: **527/2016**

Nº de Resolución: **753/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 25/2016,**  
**STS 1725/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 753/2018**

Fecha de sentencia: 08/05/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 527/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: PJM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 527/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 753/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 8 de mayo de 2018.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 527/2016, interpuesto por la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 8 de enero de 2016 en el recurso contencioso-administrativo número 49/2014. Es parte recurrida la Compañía Cervecera de Canarias, S.A. (CERCASA), representada por el procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz y bajo la dirección letrada de D. Marcos Araujo Boyd y de D. José Luis Azofra Parrondo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 8 de enero de 2016, por la que se estimaba en parte el recurso promovido por la Compañía Cervecera de Canarias, S.A. (CERCASA) contra la resolución de la Sala de Competencia de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 21 de noviembre de 2013 dictada en el expediente VS/0614/06; dicha resolución declaraba el incumplimiento por parte de la demandante de una resolución anterior de 12 de marzo de 2007 en relación con la cláusula contenida en los contratos de financiación de CERCASA con sus distribuidores, que incluye la obligación de compra mínima en cantidad de un máximo del 80% de las necesidades de compra del suministrado, así como que no procedía la revisión de la citada resolución al no haberse producido un cambio sustancial ni permanente de las condiciones de mercado que se tuvieron en cuenta en el momento de ser dictada, y ordenando a la Dirección de Competencia la incoación de expediente sancionador.

La parte dispositiva de la sentencia dice:

### « **FALLAMOS**

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Antonio Rodríguez Muñoz actuando en nombre y representación de la **COMPAÑÍA CERVECERA DE CANARIAS, S.A. (CERCASA)** contra la resolución de 21 de noviembre de 2013, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, debemos anular y anulamos dicha resolución en cuanto al pronunciamiento contenido en el apartado primero de su parte dispositiva por el que se declara el incumplimiento por CERCASA de la resolución de 12 de marzo de 2007. Confirmándola en sus restantes extremos.

Sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta instancia.»

**SEGUNDO** .- Notificada dicha sentencia a las partes, la Administración demandada presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Letrada de la Administración de Justicia de la Sala de instancia de fecha 9 de febrero de 2016, que también acordaba emplazar a los litigantes para su comparecencia ante esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO** .- Recibidas las actuaciones tras haberse efectuado los emplazamientos, se ha concedido plazo al Abogado del Estado para que manifestara si sostiene el recurso de casación, lo que ha hecho presentando escrito por el que interpone el mismo al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, formulando un único motivo por infracción del artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 42 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, así como por infracción de la jurisprudencia.

Finaliza el escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida y, en su lugar, se dicte nueva sentencia por la que se desestime el recurso contencioso-administrativo, declarando que la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia impugnada en la instancia se ajusta a derecho.



El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de 28 de julio de 2016.

**CUARTO** .- Personada CERCASA, su representación procesal ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, solicitando que se dicte en su día sentencia que, con imposición de costas a la Administración recurrente, inadmita o, subsidiariamente, desestime íntegramente el mismo, confirmando la sentencia recurrida.

**QUINTO** .- Mediante providencia de fecha 31 de enero de 2018 se ha señalado para la votación y fallo del presente recurso el día 24 de abril de 2018, en que han tenido lugar dichos actos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Objeto y planteamiento del recurso.

La Administración del Estado impugna en el presente recurso de casación la sentencia de 8 de enero de 2016 dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional. La sentencia recurrida estimó en parte el recurso contencioso administrativo que la mercantil Compañía Cervecera de Canarias (CERCASA) había interpuesto contra la resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 21 de noviembre de 2013 en relación con una cláusula de compra mínima contenida en los contratos con sus distribuidores. La referida resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 21 de noviembre de 2013 había declarado el incumplimiento de la previa resolución de 12 de marzo de 2007 relativa a dicha cláusula, e interesaba la incoación de un expediente sancionador; la sentencia impugnada en casación anuló el apartado primero de la resolución de 21 de noviembre de 2013 en el que se efectuaba la mencionada declaración de incumplimiento.

El recurso se articula mediante un único motivo, acogido al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. Se alega la vulneración del artículo 41 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio ) y del artículo 42 del Reglamento de desarrollo (Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero ). Sostiene el Abogado del Estado que la declaración de incumplimiento acordada en el curso de un procedimiento de vigilancia, en contra de lo que mantiene la sentencia, en ningún caso prejuzga o condiciona el posterior procedimiento sancionador.

**SEGUNDO** .- Sobre los fundamentos de la sentencia impugnada.

La sentencia recurrida justifica la estimación parcial del recurso *a quo* con las siguientes razones jurídicas:

« **SEGUNDO** .- Partiendo de tales antecedentes, la demanda comienza analizando el alcance del pronunciamiento contenido en la resolución de 2013 en relación al incumplimiento por CERCASA de la resolución de 12 de marzo de 2007, y advierte de dos posibles interpretaciones: la primera, suponer que la apreciación de incumplimiento tendría un carácter solo provisional o indiciario que habilitaría la apertura de un procedimiento contradictorio en el que pudiera finalmente resolverse sobre la existencia del mismo; y la segunda, atribuir a la declaración de incumplimiento un carácter definitivo, lo que determinaría que esta cuestión no pudiera decidirse en otro procedimiento administrativo al haberse evidenciado ya la postura de la Administración, y solo ser objeto de impugnación en vía contencioso-administrativa.

Se inclina la demandante por la primera solución aun admitiendo que la segunda podría tener apoyo en el artículo 42.4 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero , y señala que la interpretación que propone ha sido la asumida por la misma CNMC en la propuesta de resolución de 7 de abril de 2014, adoptada en el expediente sancionador SNC/0030/2013 incoado precisamente a raíz del incumplimiento declarado en la resolución de 21 de noviembre de 2013.

El asunto es de indudable trascendencia pues, de entender que el pronunciamiento de incumplimiento contenido en la resolución aquí recurrida es definitivo, se estaría prejuzgando la comisión de la infracción prevista en artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007 , siendo así que ya se ha incoado un expediente sancionador con ese mismo objeto. Por tanto, no podría en su tramitación cuestionarse la comisión del hecho típico y sancionado, esto es, el incumplimiento de las obligaciones impuestas en la resolución de 12 de marzo de 2007, al haber sido ya declarado.

La propia CNMC, al valorar en la propuesta de resolución de 7 de abril de 2014 las alegaciones de la expedientada, manifiesta que el planteamiento de CERCASA es correcto y que en la resolución de 21 de noviembre de 2013 *"el Consejo de la CNMC declara la existencia de indicios de la existencia de dicho incumplimiento, ordenando la incoación del presente expediente a los efectos de poder concluir respecto del mismo y, en su caso, imponer la sanción correspondiente"* .



La cuestión debe resolverse partiendo de lo establecido en el artículo 41 de la Ley 15/2007 que, bajo el título "Vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos" , establece lo siguiente: "1. La Comisión Nacional de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones. La vigilancia se llevará a cabo en los términos que se establezcan reglamentariamente y en la propia resolución de la Comisión Nacional de la Competencia o acuerdo de Consejo de Ministros que ponga fin al procedimiento. La Comisión Nacional de la Competencia podrá solicitar la cooperación de los órganos autonómicos de defensa de la competencia y de los reguladores sectoriales en la vigilancia y cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos.

2. En caso de incumplimiento de obligaciones, resoluciones o acuerdos de la Comisión Nacional de la Competencia, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá, a propuesta de la Dirección de Investigación, sobre la imposición de multas sancionadoras y coercitivas, sobre la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento y, en su caso, sobre la desconcentración" .

Además, el artículo 62.4, apartado c), sanciona como falta muy grave c) "Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones" .

Por su parte, el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, dispone en su artículo 42 , sobre "Vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia" , que "1. A efectos de lo establecido en el artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, al adoptar la resolución o el acuerdo que imponga una obligación, deberá advertir a su destinatario del plazo de que dispone para cumplirlo, apercibiéndole de la cuantía de la multa coercitiva que, en caso de incumplimiento, le podrá ser impuesta por cada día de retraso en los términos previstos en el artículo 67 de la Ley 15/2007, de 3 de julio . 2. Una vez que la resolución o el acuerdo sean ejecutivos, la Dirección de Investigación llevará a cabo todas las actuaciones precisas para vigilar su cumplimiento. 3. Cuando la Dirección de Investigación estime un posible incumplimiento de las obligaciones y resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá elaborar un informe de vigilancia que será notificado a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes. 4. Recibidas las alegaciones de los interesados y, en su caso, practicadas las actuaciones adicionales que se consideren necesarias, la Dirección de Investigación remitirá el informe de vigilancia al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia a efectos de que éste declare el cumplimiento de las obligaciones impuestas, o bien declare su incumplimiento. 5. La resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que declare el incumplimiento de una obligación podrá imponer la multa coercitiva correspondiente, según lo establecido en el artículo 21 de este Reglamento" .

El apartado 4 de este precepto habilita sin duda al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia a decidir, en el curso de estas actuaciones de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones impuestas, que las mismas se han incumplido e incluso imponer por ello -apartado 5- la multa coercitiva que proceda.

Pero el alcance de esa declaración de incumplimiento no puede vincular la que se haga en el expediente que llegara a incoarse por supuesta comisión de la falta muy grave prevista en el artículo 62.4.c) pues ello supondría una evidente quiebra de las garantías que han de concurrir en todo procedimiento sancionador.

La interpretación conjunta de la facultad que reconoce el artículo 42.4 del Reglamento de la CNMC y de la infracción que sanciona como falta muy grave el artículo 62.4.c) exige necesariamente condicionar el alcance de aquélla al limitado ámbito del expediente de vigilancia, de tal suerte que la declaración de incumplimiento ha de hacerse en todo caso con esta limitación.

Por tal razón, los efectos que dicha declaración pudiera tener sobre la responsabilidad por la comisión de la infracción muy grave se ciñen solo a la posibilidad de acordar la incoación del oportuno expediente sancionador en cuyo curso habrá de constatarse, con las garantías inherentes al mismo, la existencia del eventual incumplimiento y la correspondiente sanción.

En el caso de la sentencia de esta Sección de 15 de octubre de 2012, recurso núm. 95/2011 , invocada por ambas partes a favor de la interpretación propuesta por CERCASA sobre el particular, la resolución entonces recurrida, dictada por el Consejo con fecha 14 de febrero de 2011, y que fue confirmada, acordaba en su parte dispositiva "Solicitar a la DI la incoación de procedimiento sancionador a efectos de determinar si existe responsabilidad de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., por incumplimiento del ATC de 15 de septiembre de 2005 " .

Y en su fundamentación jurídica exponía lo siguiente: *"Analizado el informe de vigilancia de la DI y vistas las alegaciones de CORREOS, el Consejo es de la opinión de que, sin entrar en la valoración de la infracción del artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, lo procedente sería incoar el correspondiente procedimiento sancionador para proceder, con todas las garantías y derechos que la Ley reconoce, a su valoración"* .

Es decir, el Consejo advertía la incidencia que la declaración de incumplimiento en ese trámite podría tener en relación con la responsabilidad por la infracción prevista en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007 por lo que rodeaba su apreciación de que, en efecto, se había incumplido el acuerdo de terminación convencional, de las prevenciones necesarias para evitar que con ello pudieran quedar predeterminados los hechos condicionantes de la sanción.

En el caso que ahora analizamos la ausencia de esas cautelas y el consiguiente alcance que se confiere a la declaración del incumplimiento por CERCASA de la resolución de 12 de marzo de 2007 -incumplimiento que se refleja expresamente en la parte dispositiva de la resolución de 21 de noviembre de 2013, y en ordinal distinto del que dispone la incoación de expediente sancionador *"por los incumplimientos declarados en el dispositivo primero de esta Resolución"* - incide de lleno en el objeto del procedimiento sancionador hasta el punto de que los hechos han sido ya determinados y con ello el presupuesto fáctico de la infracción muy grave que tipifica el tan repetido artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia .

Entendemos, por otra parte, que las matizaciones sobre el alcance de este pronunciamiento que se contienen en la propuesta de resolución de 7 de abril de 2014 no convalidan tal defecto si se advierte, además, que los hechos que relata la propuesta son en su mayoría mero trasunto de los recogidos en el expediente de vigilancia que concluyó con la resolución aquí recurrida. Hasta tal punto es así que el relato de hechos probados de la propuesta de resolución comienza señalando que *"De las actuaciones de vigilancia de las que deriva la Resolución de 21 de noviembre de 2013 que ordena a la Dirección de Competencia de la CNMC la apertura del expediente sancionador objeto de esta Propuesta, se deducen lo siguientes Hechos Probados: ..."* .

En estas circunstancias procede la estimación parcial del recurso en el sentido de dejar sin efecto la declaración de incumplimiento contenida en el apartado primero de la parte dispositiva de la resolución de 21 de noviembre de 2013 por cuanto excede del alcance que a dicha declaración le atribuye el artículo 42 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, en la interpretación que del mismo resulta obligada, a criterio de esta Sala, en atención a la tipificación como infracción muy grave en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , del incumplimiento de una resolución adoptada en aplicación de la misma Ley en materia de conductas restrictivas de la competencia.

Esta declaración no afecta, sin embargo, a la decisión también adoptada en la misma resolución de interesar de la Dirección de Competencia la incoación de expediente sancionador, ni a lo actuado en el mismo; y excluye cualquier pronunciamiento en este trámite sobre la inexistencia de incumplimiento por parte de CERCASA pues es ésta una alegación que se formula de manera subsidiaria en la demanda, que de manera literal manifiesta que *"se ha planteado solo para el caso de que se entienda que el pronunciamiento sobre la existencia de incumplimiento tiene carácter final, a fin de evitar que pueda entenderse que tal incumplimiento ha sido aceptado por CERCASA"* . Incumplimiento que queda por tanto imprejuzgado.» (fundamento de derecho segundo)

**TERCERO** .- Sobre las alegaciones de las partes.

Como se deduce del fundamento transcrito de la sentencia recurrida, la Sala juzgadora considera que de ser definitivo el pronunciamiento sobre incumplimiento de la resolución administrativa impugnada en la instancia se estaría prejuzgado la infracción prevista en el artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia - el incumplimiento de una resolución adoptada en aplicación de la propia Ley- y, por consiguiente, también el resultado del expediente sancionador cuya incoación se ordenaba. Así, entiende la Sala que la interpretación conjunta del citado precepto legal y de la facultad de declarar el incumplimiento de las obligaciones impuestas que el artículo 42.4 del Reglamento de la Ley atribuye al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia requiere "necesariamente" condicionar el alcance de la facultad reconocida en el citado artículo 42.4 del Reglamento al limitado ámbito del expediente de vigilancia "de tal suerte que la declaración de incumplimiento ha de hacerse en todo caso con esta limitación". Al no haberlo hecho así, la sentencia concluye que la declaración de incumplimiento excede el alcance que a tal declaración le atribuye el artículo 42 del Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia .

El Abogado del Estado, en cambio, sostiene que el procedimiento de vigilancia es un auténtico procedimiento administrativo, distinto a aquél en que se adoptó el acuerdo sometido a vigilancia, de carácter contradictorio, y que puede concluir con una declaración de incumplimiento e incluso con la imposición de multas coercitivas ( artículo 42.4 y 5 del Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia ). Entiende que no podría habilitarse al órgano regulador a imponer multas coercitivas sin una previa declaración de incumplimiento.





Ahora bien, añade el Abogado del Estado, la declaración de incumplimiento se limita al procedimiento de vigilancia «sin más repercusión que la de instar al inicio de un procedimiento sancionador por infracción muy grave, previsto en el artículo 62.4.c) de la LDC , o iniciar el correspondiente procedimiento para la adopción de multas coercitivas». Y afirma, con diversos ejemplos de resoluciones de la autoridad de competencia, que en modo alguno este órgano considera que la declaración de incumplimiento realizada en el procedimiento de vigilancia sea definitiva o que condicione el posterior procedimiento sancionador.

En opinión del representante de la Administración, es precisamente la remisión a un posterior procedimiento sancionador lo que otorga a la declaración de incumplimiento un carácter provisional y supedita la determinación de la infracción y la eventual sanción a dicho procedimiento sancionador.

La representación letrada de la empresa codemandada (CERCASA) entiende, en el mismo sentido que la sentencia, que la declaración anulada por la sentencia recurrida declaraba no la existencia de indicios, sino la existencia definitiva del incumplimiento por parte de CERCASA, a la vez que ordenaba la incoación de un expediente sancionador. Y si se entiende que el artículo 42.4 del Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia autoriza a hacer tal declaración de incumplimiento con carácter definitivo, el precepto habría de ser declarado contrario a la Ley que desarrolla.

**CUARTO** .- Sobre la naturaleza de la declaración de incumplimiento en un procedimiento de vigilancia.

La Ley de Defensa de la Competencia regula el procedimiento de vigilancia en su artículo 41 de la siguiente forma:

« **Artículo 41.** *Vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos.*

1. La Comisión Nacional de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.

La vigilancia se llevará a cabo en los términos que se establezcan reglamentariamente y en la propia resolución de la Comisión Nacional de la Competencia o acuerdo de Consejo de Ministros que ponga fin al procedimiento.

La Comisión Nacional de la Competencia podrá solicitar la cooperación de los órganos autonómicos de defensa de la competencia y de los reguladores sectoriales en la vigilancia y cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos.

2. En caso de incumplimiento de obligaciones, resoluciones o acuerdos de la Comisión Nacional de la Competencia, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá, a propuesta de la Dirección de Investigación, sobre la imposición de multas sancionadoras y coercitivas, sobre la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento y, en su caso, sobre la desconcentración.»

El Reglamento desarrolla el precepto legal en los siguientes términos:

« **Artículo 42.** *Vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.*

1. A efectos de lo establecido en el artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, al adoptar la resolución o el acuerdo que imponga una obligación, deberá advertir a su destinatario del plazo de que dispone para cumplirlo, apercibiéndole de la cuantía de la multa coercitiva que, en caso de incumplimiento, le podrá ser impuesta por cada día de retraso en los términos previstos en el artículo 67 de la Ley 15/2007, de 3 de julio .

2. Una vez que la resolución o el acuerdo sean ejecutivos, la Dirección de Investigación llevará a cabo todas las actuaciones precisas para vigilar su cumplimiento.

3. Cuando la Dirección de Investigación estime un posible incumplimiento de las obligaciones y resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá elaborar un informe de vigilancia que será notificado a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes.

4. Recibidas las alegaciones de los interesados y, en su caso, practicadas las actuaciones adicionales que se consideren necesarias, la Dirección de Investigación remitirá el informe de vigilancia al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia a efectos de que éste declare el cumplimiento de las obligaciones impuestas, o bien declare su incumplimiento.



5. La resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que declare el incumplimiento de una obligación podrá imponer la multa coercitiva correspondiente, según lo establecido en el artículo 21 de este Reglamento.»

Por otra parte, la Ley de Defensa de la Competencia prevé, entre las infracciones muy graves, la siguiente:

« **Artículo 61. Infracciones.**

[...]

4. Son infracciones muy graves:

[...]

c) Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.»

De los preceptos transcritos se deduce que el procedimiento de vigilancia no tiene carácter sancionador ni las resoluciones que se adopten como consecuencia del mismo pueden condicionar en forma alguna un eventual posterior procedimiento sancionador.

En efecto, el procedimiento de vigilancia tiene por objeto constatar el estado de cumplimiento de una obligación impuesta por el órgano regulador y, en su caso, instar al cumplimiento de la obligación sometida a vigilancia mediante la imposición de multas coercitivas (art. 42.5 del Reglamento). Y aunque verse sobre los mismos hechos que un eventual posterior procedimiento sancionador, en ningún caso puede considerarse que tenga por objeto la determinación de si se ha incurrido en la infracción grave contemplada en el artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia .

En el marco de su limitado alcance (verificar el estado de cumplimiento de una obligación) el procedimiento de vigilancia puede lógicamente concluir con una declaración de cumplimiento o de incumplimiento, parcial o completo en uno u otro caso, y circunscrita al momento en que se ha desarrollado el procedimiento. Pero su objeto no es, conviene insistir, constatar si se ha incurrido en un incumplimiento que incurra en la referida infracción muy grave, sino constatar el estado de la cuestión para, en su caso, incentivar el cumplimiento de la obligación mediante la previsión de multas coercitivas o incoar un expediente sancionador. Por consiguiente, es perfectamente admisible que constatada una situación de incumplimiento (parcial o completo y en el momento en que se realiza la vigilancia) que pudiera ser constitutivo de la referida infracción, se acuerde como consecuencia del procedimiento de vigilancia, como ha sucedido en el caso de autos, la incoación de un procedimiento sancionador.

Como consecuencia de lo anteriormente dicho se pueden extraer varias conclusiones sobre la naturaleza y finalidad del procedimiento de vigilancia y de sus posibles consecuencias:

- El procedimiento de vigilancia tiene por objeto constatar el grado de cumplimiento (o incumplimiento) de una obligación impuesta al sujeto objeto del mismo, por lo que su conclusión natural es una declaración de cumplimiento (o incumplimiento). Como las consecuencias del procedimiento pueden ser desfavorables, el procedimiento tiene carácter contradictorio, dándosele al sujeto trámite de audiencia (art. 42.3 y 4 del Reglamento).
- En caso de constatar un incumplimiento, el órgano regulador puede imponer multas coercitivas (art. 42.5 del Reglamento), lo que tiene la finalidad de incentivar al cumplimiento de la obligación. Esta posibilidad es una muestra evidente de la naturaleza provisional de la constatación de incumplimiento, que puede dar lugar a dicha medida, que tiene por objeto lograr el cumplimiento pleno de la obligación. Las multas coercitivas, reguladas en el artículo 21 del Reglamento, no tienen carácter sancionador, aunque sin duda son desfavorables, lo que explica, como se ha dicho, que el procedimiento sea contradictorio y requieren una apreciación de un incumplimiento, parcial o completo, en ese momento.
- Tanto si se acuerda la imposición de multas coercitivas como si no se hace así, a resultados del estado de cumplimiento constatado se puede instar la incoación de un procedimiento sancionador, el cual sí que tiene por objeto precisamente valorar si el incumplimiento detectado constituye una infracción ex artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia .
- Desde la perspectiva de un hipotético procedimiento sancionador, los resultados del procedimiento de vigilancia (en especial, la declaración de incumplimiento), es una apreciación circunscrita al momento en que se dicta y que no implica necesariamente que tal incumplimiento suponga la comisión de la infracción ex 62.4.c).



De acuerdo con todo lo expuesto, procede estimar el motivo y el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado.

**QUINTO** .- Sobre el recurso contencioso administrativo de instancia.

El recurso contencioso administrativo tiene como pretensión, trasladada al suplico de la demanda, la declaración de nulidad *in integrum* de la resolución impugnada, ante la posibilidad de que la declaración de incumplimiento tuviera carácter definitivo y pudiera entenderse que era aceptada por CERCASA. Y, aunque la recurrente dedica un fundamento de la demanda a discutir el fondo de tal declaración de incumplimiento, dicho motivo se formula de manera expresa -como recogía la sentencia de instancia *in fine* del fundamento transcrito- exclusivamente para el caso de que se declarase por el tribunal sentenciador el carácter definitivo de la declaración de incumplimiento.

Por consiguiente, dado lo razonado al examinar el recurso de casación formulado por el Abogado del Estado, no resulta necesario estudiar la alegación subsidiaria sobre la declaración de incumplimiento. Asimismo y al no admitirse que la declaración de incumplimiento contenida en la resolución impugnada sea contraria a derecho por prejuzgar un procedimiento sancionador, procede desestimar el recurso interpuesto por dicha *causa petendi* contra la referida resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

**SEXTO** .- Conclusión y costas.

De conformidad con las razones expuestas en el motivo cuarto, ha lugar al recurso de casación entablado por la Administración del Estado contra la sentencia de 8 de enero de 2016 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional.

De acuerdo con lo expuesto en el motivo anterior, procede desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por CERCASA contra la resolución de 21 de noviembre de 2013 dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente de vigilancia VS/0614/06.

Sin costas en la casación. No se imponen las de instancia por las dudas de derecho que suscitaba el asunto y que llevaron al órgano judicial *a quo* a estimar el recurso contencioso-administrativo de instancia.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de 8 de enero de 2016 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 49/2014 .
2. Casar y anular la sentencia objeto del recurso.
3. Desestimar el mencionado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la Compañía Cervecera de Canarias, S.A. (CERCASA) contra la resolución de 21 de noviembre de 2013 dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente de vigilancia VS/0614/06.
4. No imponer las costas del recurso contencioso-administrativo ni las del de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Diego Cordoba Castroverde.-Angel Ramon Arozamena Laso.-Fernando Roman Garcia.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-